§ 616 B. G. B.

Auszug

aus der Inaugural-Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Hohen juristischen Fakultät
der Philippsuniversität zu Marburg.

Vorgelegt von
Karl L. Eberhard
Referendar in Hanau a. M.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. André.

R. UNIV. BIBLIOTHEEK LEIDEN

MARBURG 1922

Druck von C. Köhler, Marburg a. L.

§ 1. *Einleitung.*

§ 2. *Entstehungsgeschichte des § 616.*

§ 616 hat sein Vorbild im römischen und gemeinen Recht. Er lehnt sich an Art. 60 ADHGB. und § 133c Gew. O., die den in § 616 zu Grunde liegenden Rechtsgedanken bereits ausgesprochen hatten. Die ursprüngliche Fassung des I. Entwurfes hat in den Kommissionen erhebliche Umgestaltungen erfahren.

§ 3. *Zweck und Grund der Bestimmung.*

Der Dienstvertrag ist mit den übrigen im Recht der Schuldverhältnisse geregelten synallagmatischen Verträgen nicht auf eine Stufe zu stellen, da er keine Sache, sondern die aufs engste mit der Persönlichkeit des Verpflichteten verbundenen Leistung geistiger und körperlicher Arbeit zum Gegenstand hat. Der Grundsatz des gegenseitigen Austausches von Leistung und Gegenleistung wird durchbrochen mit Rücksicht darauf, daß die ganze Persönlichkeit des Verpflichteten in das Vertragsverhältnis verstrickt ist, und von seiner Arbeitsfähigkeit in der Regel sein und seiner Familie Existenzmöglichkeit abhängt. Es ist daher billig und sozialpolitischen Rücksichten entsprechend, wenn dem Verpflichteten bei unverschuldeter und nur zeitweiliger Verhinderung seine Existenzmittel nicht entzogen werden.

Für diese Regelung sprechen ferner geschichtliche und praktische Gesichtspunkte. Erstere insofern, als die gegebene Rechtslage früheren rechtlichen Anschauungen entspricht, letztere insofern, als ein Abzug kleiner Lohnsplitter unfruchtbare Arbeit verursachen und Quelle zahlloser Streitigkeiten sein würde.

Der Dienstberechtigte muß zwar mit solchen Störungen rechnen, ihm ist jedoch die Arbeitsleistung nicht mit der, sich etwa aus dem Wesen des Dienstvertrages ergebenden Einschränkung versprochen, daß zeitweilige unverschuldete Verhinderungen nicht zu einem Lohnabzug führen dürfen.

§ 4. *Verhältnis des § 616 zu § 63 HGB. und § 133c Gew. Ordnung.*

§ 63 HGB. und § 133c Gew. Ordnung finden neben § 616 Anwendung. Fälle vorübergehender Verhinderung, die durch diese Sondervorschriften nicht getroffen werden, sind nach § 616 zu beurteilen.

§ 5. *Satz 1 des § 616.*

A. Voraussetzungen für die Erhaltung des Anspruches auf Vergütung.

1. Unverschuldete Verhinderung des Dienstpflichtigen.

Sie liegt vor, wenn der Verpflichtete nicht zur Dienstleistung erscheinen kann, ohne daß sein Fernbleiben auf sein Verschulden oder einen von ihm zu vertretenden Umstand zurückzuführen ist (Krankheit, Zeuge, Schöffe, Geschworener, Abgeordneter). Beteiligung an einem Streik ist keine Verhinderung. Das Verschulden muß sich auf die Verhinderung beziehen. Erkrankung oder Niederkunft in Folge außerehelichen Geschlechtsverkehrs führt zu verschuldeter Verhinderung.

2. Verhältnismäßig nicht erhebliche Zeit.

Maßgebend ist in erster Linie das Verhältnis der Dauer der Verhinderung zur Vertragszeit oder Arbeitszeit. Zu berücksichtigen ist ferner der Zweck der Dienstleistung. Unbeachtlich ist die Dauer der Kündigungsfrist. Abzulehnen ist die Auffassung, auch bei längerer Dauer bestehe der Anspruch aus § 616, da eine der Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 616 als Rechtsfolge behandelt würde.

3. Beweispflichtig ist der Verpflichtete.

B. Rechtsfolgen.

Der Pflichtige behält seinen Anspruch auf die vertragliche Vergütung. Ihre Höhe bestimmt sich bei Akkordlohn nach dem durchschnittlich verdienten Lohn. Sie ist keine Gegenleistung für geleistete Dienste, aber als solche zum Zwecke der Anwendbarkeit der Lohnsicherungsbestimmungen zu behandeln.

§ 6. *Satz 2 des § 616.*

Der Dienstpflichtige muß sich die Bezüge anrechnen lassen, die ihm aus einer der auf Grund der Reichsversicherungsordnung bestehenden Kranken- oder Unfallversicherungskassen zufließen. Diese Vorschrift ist nicht beispielgebender, sondern ausschließender Natur. Dies folgt zunächst aus dem Wortlaut, der, im Gegensatz zu § 615 BGB. die Beschränkung auf die Krankenkassenbezüge enthält. Auch analoge Anwendung der in § 615 BGB. gegebenen Regelung ist nicht zulässig. Eine weitergehendere Anrechnungspflicht widerspricht auch dem, dem Artikel 160 Reichsverfassung zu Grunde liegenden Gedanken der Erleichterung der Anteilnahme der Dienstpflichtigen an den Angelegenheiten des öffentlichen Lebens. Die von Bonn auf § 324 BGB. gestützte Konstruktion einer weitergehenden Anrechnungspflicht beruht auf einem Trugschluß. Lotmar, der den § 231 BGB. für anwendbar hält, verkennt, daß die dem Dienstberechtigten geschuldete Dienstleistung nicht gleichbedeutend ist mit der Arbeitsleistung, die der Pflichtige im öffentlichen Interesse oder in Ausübung eines Staatsbürgerrechtes vornimmt. Die Regelung des § 616 entspricht auch insofern der Billigkeit, als der Berechtigte zum Fonds der Krankenkassen beiträgt, während die Vergütungen des Schöffen, Geschworenen, Abgeordneten aus öffentlichen Kassen fließen. Artikel 11 Abs. 3 Preußischer Verfassung, sowie § 24 und 35 des Betriebsrätegesetzes enthalten ausdrückliche Bestimmungen über Weiterzahlung des Lohnes.

§ 7. *Nichtzwingender Charakter des § 616.*

§ 616 ist eine nachgiebige Rechtsbestimmung. Dies folgt aus der Nichterwähnung des § 616 in dem § 619 BGB. mittels argumentum e contrario. Lotmar's Ansicht, diese Nichterwähnung erkläre sich daraus, daß zwischen § 617, 618 und § 616 kein Zusammenhang („Verwandtschaft") bestehe, ist irrig; sowohl § 616 wie § 617 und 618 unterstehen dem Abschnitt im Titel des Dienstvertrages: Fürsorge für die Person des Dienstverpflichteten. — Daraus, daß § 616 eine Bestimmung sozialpolitischer Natur ist, folgt nicht seine Unabdingbarkeit.